

CIRUGÍA PLÁSTICA, “UNA INCISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL Y DE LAS OBLIGACIONES”

PLASTIC SURGERY, “AN INCISION FORM THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL AND CIVIL LAW”

Sergio Andrés Dietes Calderón

sergio_dietes@hotmail.com

Juan Uribe-Holguín Borda

juribe92@hotmail.com

Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia

Recibido: 31-05-2016

Aceptado: 15-06-2016

RESUMEN

El presente artículo, como primera medida busca estudiar la cirugía plástica desde la perspectiva del derecho civil, pues se analiza la naturaleza de la obligación del médico que se genera respecto del proceso quirúrgico; esta obligación puede ser de medio o de resultado dependiendo del proceso que se realice al paciente; además se hace una breve aproximación al derecho comparado con relación a la legislación española, la cual varía según si la realización de la acción médica se desarrolla en el ámbito privado o público. Acto seguido, se estudia la responsabilidad del médico en el ámbito penal, para lo cual se examina primero el tipo penal de lesiones personales, pues este está intrínsecamente relacionado con el bien jurídico que se ve afectado por las consecuencias de la actuación del galeno. Posteriormente se profundiza sobre el tipo objetivo y subjetivo, para así poder establecer las modalidades de conducta punible, las cuales transgreden al espectro de la teoría de la imputación objetiva,

para al final establecer la responsabilidad que se le pueda atribuir al sujeto activo de la conducta.

PALABRAS CLAVE

Cirugía plástica, obligación de medio, obligación de resultado, lesiones personales, bien jurídico, culpa, dolo eventual, imputación objetiva, responsabilidad penal.

ABSTRACT

In the first hand, the current article intends to study plastic surgery from a civil law perspective. Consequently, it intends to analyze the nature of the medical obligations, which are generated from surgical processes. This obligation can be of means or of result, depending on the process that the patient undergoes. Additionally, the article aims to develop a comparative law analyzes of the Spanish law legislation, which can vary depending where its endured; be it the private or public realm. Furthermore, the article studies a doctor's liability in the criminal jurisdiction. For which it examines the type of crime related to personal injuries that is directly associated to the legal interest of the consequences derived from the medical practice. Finally, the article describes objective and subjective characteristics, with the intention of establishing different modalities of punishable conduct. These characteristics transcend to the field of objective attribution of responsibility for the means of establishing the liability, which could be attributed to the active subject of the conduct.

KEY WORDS

Plastic surgery, obligation of means, obligation of result, personal injuries, legal interest, fault, gross negligence, objective attribution of responsibility, criminal liability.

Introducción

La “mala praxis”¹ ha estado presente a lo largo del tiempo desde la aparición de prácticas especializadas en el estudio, diagnóstico y tratamiento de la salud humana, ya sea por una actuación que contenga negligencia, impericia o imprudencia por parte del agente que proporciona el servicio de salud, es decir, el médico. Ejemplo de lo anterior son las “Tablas de Ur-Nammu”² (4050 A.C.), las cuales establecen una escala de pagos en caso de lesiones producidas por tratamientos médicos.³

Desde entonces ha sido necesario establecer las máximas bajo las cuales se regula la responsabilidad de los agentes médicos respecto de los daños que se pudieren generar en la práctica del área de la salud. Ello se ha realizado a través de la reconocida definición de las obligaciones según su objeto, en la que se diferencian las obligaciones de medio de las de resultado; definición sumamente útil con relación a la responsabilidad civil extracontractual.

Para objeto de este ensayo, se propone una discusión respecto de la conocida cirugía plástica o estética, con relación a su concepción como obligación de medio o de resultado. A manera de desarrollar lo mencionado anteriormente, nos remitiremos tanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como a definiciones y conceptos de reconocidos médicos y abogados, como lo son, Jorge Cubides Camacho⁴ y Fernando Guzmán Mora⁵. Acto seguido realizaremos un breve análisis de derecho comparado respecto de la legislación Española y posteriormente determinaremos a que clasificación de las obligaciones según su objeto pertenece la cirugía estética.

Mal encaminados estaríamos si abandonáramos el presente análisis sin antes hacer una reflexión relativa a las consecuencias jurídicas derivadas de los potenciales daños, generados por desarrollo de la actividad profesional del médico especialista en el campo de la cirugía

¹ El término anglosajón “Malpractice” se ha definido como aquel tratamiento malo, erróneo o negligente; que resulta en daño, sufrimiento innecesario o muerte del enfermo, debido a ignorancia, negligencia, impericia, no seguimiento de reglas establecidas o intento criminal doloso. (Guzmán, Fernando. 1997).

² El Código de Ur-Nammu es el código de leyes más antiguo sobrevive hoy. Fue escrito en tablas, en lengua sumeria. Aunque el prefacio atribuye directamente a las leyes de rey Ur-Nammu de Ur, algunos historiadores creen que en lugar deben atribuirse a su hijo Shulgi.

³ Guzmán Mora, Fernando. *Responsabilidad medica en el acto quirúrgico algunas consideraciones sobre los aspectos probatorios*. Instituto colombiano de derecho procesal. 1997.

⁴ Abogado y tratadista insignia de la Pontificia Universidad Javeriana, con reconocidos escritos sobre derecho como “Obligaciones”. Especialista en áreas como el Derecho Civil, Comercial y Financiero.

⁵ Reconocido profesor de Cirugía del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, autor del reconocido estudio del Instituto Colombiano de Derecho Procesal llamado “Responsabilidad Médica en el acto quirúrgico, Algunas consideraciones sobre los aspectos probatorios”.

plástica. Por tanto, nos daremos la tarea de analizar lo concerniente al tipo de lesiones, el cual a nuestro entender, es el tipo de delito que encajaría en la conducta producida por el médico en el desarrollo de sus actividades relativas a la cirugía plástica, para lo cual se necesita hacer una breve mención sobre los bienes jurídicos.

Posteriormente, realizaremos un análisis al tipo objetivo donde desarrollaremos las acepciones de sujeto y objeto; así mismo se tendrá en cuenta la conducta y el resultado producido, todo encaminado a determinar la posible aplicación de la tentativa. A su vez desarrollaremos el tipo subjetivo, la conducta y sus agravantes. Para finalizar se tocará el tema de las modalidades de la conducta punible, para así poder aludir a la teoría de la imputación objetiva, la cual nos llevará a la conclusión de cuál es la responsabilidad del médico en dichos procedimientos quirúrgicos.

1. Aterrizando la Cuestión

Para objeto de la presente discusión, es menester definir las llamadas obligaciones de medio y de resultado, junto con el concepto de cirugía plástica (también conocida como estética o reparadora).

En términos del reconocido tratadista Jorge Cubides Camacho, las obligaciones de medio y de resultado son: *“Obligaciones de medio o “mera diligencia”, y de resultado, distinción que se basa en que en las primeras el deudor satisface al acreedor con sólo poner su diligencia y cuidado, sin garantizar los resultados de su actividad, al paso que en las segundas es el resultado concreto mismo el que constituye el objeto de la prestación.”*⁶

Entonces, las obligaciones de resultado son aquellas en que el objeto de la obligación está definido por el resultado que se espera, mientras que en las obligaciones de medio, el objeto de la obligación está definido por la debida diligencia y cuidado que debe ejercer el deudor en la realización del acto positivo o negativo. Lo anterior en razón de poder determinar un escenario complicado, como lo es, la presunción de la culpabilidad en los actos jurídicos.

Por lo tanto, respecto de las obligaciones de resultado y de las obligaciones de medio, opera la presunción de culpabilidad. Para las primeras, presumiéndose la culpa del deudor cuando

⁶ Cubides Camacho, Jorge. (2012) *Obligaciones*. Bogotá, Edit. Ibáñez, pág 156.

no se ha cumplido el resultado esperado (el cual es el mismo objeto de la obligación), sin posibilidad de ejercer prueba en contrario, salvo caso fortuito o fuerza mayor; para las segundas, presumiéndose la culpa del deudor cuando este no es diligente y cuidadoso en la realización del acto positivo o negativo, teniendo este la carga de la prueba para controvertir la atribución de culpabilidad. Criterio análogo a lo establecido en el artículo 1604⁷ del Código Civil. Para ocuparnos de la cirugía estética o reparadora, debemos referirnos primeramente al concepto de “cirugía” pues resulta de gran importancia para contextualizar la discusión de la que nos ocuparemos más adelante.

En términos del prestigioso profesor de cirugía, de nacionalidad colombiana, Fernando Guzmán Mora: *“La CIRUGÍA es la más compleja y estrictamente disciplinada especialidad médica. La OPERACIÓN o procedimiento quirúrgico, acto por medio del cual se interviene sobre un órgano o sistema, produce alteraciones locales y sistémicas. Su ejecución plantea exigencias de habilidad y estrictas condiciones de seguridad. Pero la operación, como elemento sobresaliente en la atención del paciente en un servicio quirúrgico, no es lo único fundamental en el ejercicio de la cirugía. La cirugía comprende, además, en forma integral, el diagnóstico y el cuidado pre y postoperatorio del paciente. Por ello los factores determinantes de una buena práctica quirúrgica van más allá del conocimiento anatómico y de una imprescindible habilidad manual: implican también la aplicación de conocimientos profundos de patología, fisiología, farmacología y biología.”*⁸

Teniendo claro el concepto de “procedimiento quirúrgico”, es más que relevante hacer referencia a la materia de estudio de la cual nos ocuparemos, la cirugía plástica, estética o reparadora.

⁷ ARTICULO 1604. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

⁸ Guzmán Mora, Fernando. *Responsabilidad medica en el acto quirúrgico algunas consideraciones sobre los aspectos probatorios*. Instituto colombiano de derecho procesal. 1997.

Al respecto de la cirugía estética, la “Cátedra de cirugía plástica, estética y reparadora de la “La Universitat Internacional de Catalunya” dice: *“La Cirugía Plástica, Estética y Reparadora es aquella especialidad quirúrgica que se ocupa de las alteraciones de la envoltura corporal, con afectación de la forma y de la función o del concepto individual de la propia imagen corporal, debido a una alteración manifiesta, y tiene como objetivo la reparación de estas afectaciones con el restablecimiento de la forma y de la función, siguiendo criterios de proporcionalidad y parámetros estéticos.”*⁹

Es pues, necesario resaltar que cuando hablamos de cirugía plástica, los criterios de proporcionalidad y parámetros estéticos son de real importancia, ya que esta práctica tiene implícito el concepto subjetivo de belleza, el cual hace referencia a la concepción individual de la imagen corporal.

2. Discusión sobre el objeto de la obligación del Médico.

Teniendo en cuenta que, la cirugía estética al ocuparse de la reparación de determinadas afectaciones debe seguir criterios de proporcionalidad y parámetros estéticos, es indudable que el objeto mismo de la obligación del deudor que se ocupa de este tipo de procedimientos quirúrgicos, además de ser debidamente diligente y cuidadoso en la realización del procedimiento, tiene implícito la obtención de un determinado resultado que debe estar íntimamente relacionado con el criterio de imagen corporal y estética del acreedor de la obligación.

Si únicamente tuviésemos en cuenta, como objeto de la obligación, la obtención del resultado de acuerdo al concepto de imagen corporal y estética que tenga el acreedor, realizado con el debido cuidado y diligencia, nos encontraríamos ante una obligación de resultado, pues como hemos mencionado anteriormente, estas son aquellas en que *“es el resultado concreto mismo el que constituye el objeto de la prestación”*.

⁹Universitat Internacional de Catalunya. *Cátedra de cirugía plástica, estética y reparadora*. 2013.

Si nuestra postura se basara en que la obligación del cirujano plástico es de resultado, no estaríamos haciendo un análisis minucioso de la situación en cuestión, pues al objeto de la obligación tratarse de un acto positivo realizado sobre el cuerpo de un humano (el cual reacciona de manera autónoma y diferente a cualquier otro), deben ser tenidos en cuenta factores importantes que juegan un papel fundamental para este tipo de acciones se puedan realizar.

Respecto de estos factores fundamentales para el desarrollo de la actividad quirúrgica con relación al objeto mismo de la obligación, el reconocido cirujano Fernando Guzmán Mora ha dicho: *“Si se recuerda que la cirugía pudo desarrollarse gracias al sorprendente fenómeno de la cicatrización, y que este mecanismo fisiológico se basa en la actividad de las células de cada individuo, se puede afirmar que la cicatrización es, incluso a nivel ultraestructural, diferente en cada persona. Es imposible ofrecer una garantía de resultado y no de medio en un proceso sobre el cual el cirujano carece de control. En el instante en el que se incide la cubierta cutánea, se dispara el proceso de cicatrización y, desde ese momento, el cirujano pierde el control sobre el resultado final.”*¹⁰

Lo anterior nos guía hacia el entendimiento de un punto de vista diferente al primeramente mencionado respecto del tema de estudio, pues al traer a referencia la cicatrización, la cual se encuentra implícita en la realización de cualquier procedimiento quirúrgico y que además genera la imposibilidad de garantizar el resultado en el proceso, el objeto de la obligación deja de ser la obtención de un resultado en concreto y comienza a ser la garantía de la realización del acto positivo con la debida diligencia y cuidado, ello sin garantizar los resultados de la actividad.

Afirmando que este tipo de obligaciones son de medio y no de resultado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de noviembre de 1986 ha establecido: *“[...]la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o*

¹⁰Guzmán Mora, Fernando. *Responsabilidad medica en el acto quirúrgico algunas consideraciones sobre los aspectos probatorios*. Instituto colombiano de derecho procesal. 1997.

la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado[...]” (Nov. 26 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe).

3. Breve análisis de derecho comparado respecto de la Legislación Española.

Para hacer referencia al tema tratado respecto de la normatividad Española, es necesario hablar de la diferencia entre la medicina satisfactiva o voluntaria y la medicina curativa o necesaria. Al respecto, la Sala 3ra (de lo Contencioso Administrativo, Sección 6) del Tribunal Supremo, en sentencia N° 7033/2000 del 3 de octubre de 2000 ha dicho: *“[...] es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.”*

Entonces, la Medicina Curativa con relación a la cirugía estética, viene siendo aquella que persigue la curación del paciente por circunstancias clínicamente objetivas que tengan un componente asistencial, curativo o reconstructivo. Y la Medicina Satisfactiva, aquella a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo.

Es menester mencionar que en la sentencia del Tribunal Supremo N° 583/2010 de la Sala 1ra (de lo Civil, Sección 3), de 27 septiembre de 2010, aparece un cambio jurisprudencial, el cual propone lo siguiente: *“[...]La distinción entre obligación de medios y de resultado no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o*

se. garantice, incluso en los supuestos más próximos a la medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial". Salta a la vista que la obligación de resultado correspondiente a la medicina voluntaria, desaparece del campo de acción del derecho a menos de que el resultado se pacte o se garantice. Este es un tema que trataremos con mayor profundidad cuando no refiramos a la “Responsabilidad de los médicos que ejercen en el ámbito privado de la Salud en España”

4.1 Responsabilidad de los médicos que ejercen cirugía estética en el ámbito privado de la Salud en España.

El cambio jurisprudencial respecto de la responsabilidad de los médicos que ejercen cirugía estética en el ámbito privado, básicamente manifiesta que el procedimiento quirúrgico, por estar relacionado con el componente humano tiene un efecto incierto respecto del resultado y por ende no debe ser una obligación de resultado sino una de medio. Respecto de lo anterior, el Tribunal Supremo en sentencia N° 583/2010 de la sala 1ra (de lo Civil, Sección 3), de 27 septiembre de 2010, proclama lo siguiente: “[...] *los médicos actúan sobre las personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio, por lo que los riesgos y complicaciones que pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía*”. Lo anterior, sin dejar a un lado lo mencionado respecto de que si el médico pacta o garantiza el resultado, este será responsable como si fuera una obligación de resultado.

4.2 Responsabilidad de los médicos que ejercen cirugía estética en el ámbito público de la Salud en España.

Para analizar la responsabilidad de los médicos que ejercen cirugía estética en el ámbito público es necesario hacer referencia al concepto de Seguridad Social, el cual no es más que el sistema principal de protección social por medio del cual se garantizan prestaciones sociales concretas, como lo es, el servicio de salud. Vale la pena mencionar que la prestación del servicio médico de cirugía plástica en el sector público solo puede ser viable para procedimientos relativos a la medicina necesaria, esto es, son aquellos que persiguen la

curación del paciente por circunstancias clínicamente objetivas que tengan un componente asistencial, curativo o reconstructivo.

Para hablar de este tipo de responsabilidad es necesario referirse al artículo 106 numeral 2 de la Constitución Española, pues en el se hace referencia al derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran sus bienes o sus derechos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos.

La Constitución Española en su Título IV (Del Gobierno y la Administración), artículo número 106 numeral 2 establece: *Artículo 106: “2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”* Es preciso aclarar que dentro del Servicio Público se encuentra el concepto de Seguridad Social al que se hizo referencia previamente.

Resulta curiosa la diferencia que surge respecto de la prestación del servicio médico de cirugía reparadora en el ámbito privado y en el público, a raíz del precepto constitucional mencionado, puesto que a partir de la norma precitada se prevé que aquel que preste el servicio público (dentro de él comprendida la cirugía estética relativa a la medicina curativa) es responsable respecto de cualquier lesión a los bienes y derechos del particular asistido. Vale la pena mencionar que el prestador del servicio se exime de responsabilidad en los casos en los que haya Fuerza Mayor. Es pues, nuestra conclusión con respecto a la prestación de servicios médicos de cirugía plástica en el sector público que sobre este tipo de servicio recae una obligación de resultado.

5. Conclusión

La cirugía plástica o estética, es una obligación de medio, pues es necesario tener en cuenta, no solo el supuesto fáctico del paciente (el cual recurre a estas cirugías con el único fin de un resultado concreto), si no también, criterios que van mas allá de este entendido, como lo son, conceptos médicos y Humanos. Tenemos en cuenta criterios tanto médicos como humanos pues debemos recordar que el objeto de la obligación recae sobre una acción positiva

realizada sobre el cuerpo de una persona, la cual reacciona de manera independiente y diversa a cualquier otro.

Asimismo el Doctor Guzmán Mora expresa, que el proceso quirúrgico se desarrolla gracias a la cicatrización (fenómeno fisiológico que se basa en la actividad de las células de cada individuo). Por lo cual es imposible que un cirujano garantice un resultado en concreto, ya que este resultado no solo dependerá de su diligencia y cuidado al momento del proceso, si no además de factores que van más allá de su control, los cuales recaen sobre el proceso de recuperación de una persona.

5.1 Conclusión sobre la Legislación Española

En España respecto a la cirugía estética se destacan dos tipos de medicina, entre las cuales encontramos primero la curativa (persigue la curación del paciente por circunstancias clínicamente objetivas que tengan un componente asistencial, curativo o reconstructivo) y segundo la Satisfactiva (aquella a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo). En el ámbito privado de la salud Española, la cirugía estética está comprendida como una obligación de medio, pues se tiene en cuenta el componente humano; solo se tendrá bajo la categoría de obligación de resultado, si este se pacta o garantiza .

Acerca de la Salud Pública española, solo se tiene en cuenta respecto de la cirugía estética, la medicina curativa, debido al fin que se busca con esta intervención, que es principalmente la reconstrucción, asunto que atañe la integridad personal, la cual interesa al Estado y a la salud pública. Respecto de la responsabilidad, es necesario referirse al artículo 106 numeral 2 de la Constitución Española, pues en el se hace referencia al derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran sus bienes o sus derechos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos. Es claro de lo anterior mencionar que en el ámbito público de la salud, esta es una obligación de resultado salvo casos de fuerza mayor.

Parte Segunda

1. En camino a una perspectiva sobre el Derecho Penal y los potenciales Daños generados por el médico.

Mal encaminados estaríamos si abandonáramos el presente análisis sin hacer una reflexión relativa a las consecuencias jurídicas derivadas de los potenciales daños, generados en desarrollo de la actividad profesional del médico especialista en el campo de la cirugía plástica. Es pues, necesario, entender ciertos conceptos relativos a las potenciales circunstancias que generarían el daño imputable al sujeto activo en cuestión, es decir, al médico. Pues la comprensión de los mismos resulta necesaria a la hora de hacer el análisis de imputación del agente. Ello para determinar cuestiones de alta importancia como sería la determinación de los tipos penales relativos a las Lesiones Personales (Título 1, Capítulo 3 de la ley 599 del 2000) a título de Culpa o Dolo, según fuere el caso.

Para mejor entendimiento de los argumentos previamente expuestos, realizaremos, primeramente, un “Análisis del Tipo Penal de Lesión”, seguido de la comprensión teórica de los conceptos que atañen a la Imputación Objetiva y la Responsabilidad Penal, con una breve mención a las posiciones de los maestros Roxin y Jakobs, grandes Juristas Alemanes que desarrollaron ampliamente las teorías del “Funcionalismo Moderado” y “Funcionalismo Radical”, respectivamente. Acto seguido se hará una conclusión respecto del temario precedentemente enunciado.

Finalmente, previo a analizar la materia en cuestión, es necesario aclarar el concepto de “Responsabilidad Médica”, a partir de los diferentes daños que la pudieren generar. Igualmente, antes, de explicar el concepto pretendido, es menester hacer referencia al concepto de “Acto Médico”, noción sin la cual es posible hablar de “Responsabilidad Médica”.

Las características del “Acto Médico” son:

1. Solo puede ser ejercido por profesional de la medicina.
2. Se debe realizar conforme a la Lex Artis.
3. Debe buscar por objeto la curación y rehabilitación del paciente.
4. Se debe estar dentro del marco legal.

Por lo tanto, la Responsabilidad Médica surge de aquella obligación que tiene el médico de reparar un daño causado a un paciente, derivado de:

1. la falta de ejecución de un procedimiento que estaba obligado a realizar dentro de la operación quirúrgica (negligencia);
2. la mala aplicación de un procedimiento por excesiva confianza o por falta de destreza (impericia);
3. o, simplemente, por la falta de obtención de un resultado prometido al paciente al momento de contratar.¹¹

2. Análisis del Tipo Penal de Lesión (Título 1, Capítulo 3 de la ley 599 del 2000); con algunos elementos de Derecho Comparado.

A continuación, dedicaremos el contenido del presente capítulo al análisis del Tipo Penal de Lesión recogido en la Ley 599 del 2000 (Actual Código Penal Colombiano). Para lograrlo realizaremos una reconstrucción de los elementos tipo en mención, de acuerdo al esquema generalmente planteado por la doctrina respecto de la división del tipo objetivo y subjetivo, sin olvidarnos de elementos de gran importancia, como lo son, la Unidad Punitiva establecida en el Artículo 117 del C.P. Colombiano y las circunstancias de agravación punitiva contempladas tanto en el artículo 119 como 121 de la misma Ley. Adicionalmente, a medida que profundizamos en la materia, se harán breves análisis de derecho comparado con el Derecho Alemán y español, para dar un mayor entendimiento de la materia, como también para dar una perspectiva de las diferencias de los postulados jurídicos en estos sistemas.

2.1 Bien Jurídico

Al hacer referencia al concepto de Lesión contenido en el actual Código Penal Colombiano, es necesario tener en cuenta que el Bien Jurídico que protege el tipo en cuestión es la Integridad Personal. Respecto de lo anterior, resulta interesante que en la Constitución Política de 1991 no se hiciera evocación expresa alguna sobre la Integridad Personal. Sin embargo, esta omisión se supera a partir de la utilización de dos mecanismos idóneos que permitieron la configuración del Bien Jurídico objeto de estudio. Dichos mecanismos son i)

¹¹ Chepe Ramos, Edgar E. *Acto Medico y el Consentimiento Informado*. Perú, 2010.

el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 superior de la Carta Política y ii) los fines, fundamentos y funciones del tan evocado Estado Social de Derecho Colombiano.¹²

Con relación al primer mecanismo, de este se deriva la incorporación al Ordenamiento Jurídico Colombiano de múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos en los cuales se consagra, entre otros, el derecho fundamental a la Integridad Personal. Ejemplo es la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹³.

El segundo mecanismo, en razón a los fines, fundamentos y funciones del Estado Colombiano, el cual mediante su estructura gubernamental de estado social de derecho busca la protección integral de los postulados fundamentales para el desarrollo eficaz de una sociedad organizada; consagra por tanto como derecho fundamental la salud, el cual busca en sentido amplio la validez de la integridad personal.

En juicio de que la salud es un estado imprescindible para la convivencia, que ha sido recogida por el constituyente con carácter de derecho fundamental y que como tal está llamado a fundar la integridad personal bajo el ámbito constitucional; se puede entender que la penalización de las lesiones personales como espacio de protección del bien jurídico de integridad personal y del derecho a la salud que inescindiblemente involucra, es perfectamente legítimo.¹⁴

Al respecto, menciona el reconocido catedrático español del derecho penal, Ignacio Berdugo Gómez De la Torre¹⁵: “*El bien jurídico tutelado en las lesiones es único: la salud personal*

¹² Gómez Pavajeau, Carlos & Urbano Martínez, José. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

¹³ Convención Aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 16 de 1972, tras la *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Esta, configura una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

¹⁴ Gómez Pavajeau, Carlos & Urbano Martínez, José. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

¹⁵ Nació en Valladolid. Se licenció en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Valladolid en 1973. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid en 1976. Fue Becario de la Fundación *Alexander von Humboldt* en la Universidad de Colonia (Alemania). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca desde 1986, y Rector Magnífico de la misma desde 1994 a 2003. Fue miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código penal español de 1992. Ha sido Profesor Invitado en diversas Universidades Latinoamericanas. Cooperador internacional en tareas de reforma penal en El Salvador y en Costa Rica, también ha sido Colaborador del ILANUD y de diversas organizaciones no gubernamentales en Chile, Perú y Costa

entendida como una de las condiciones previas, que posibilitan la participación del individuo en el sistema social. En el actual modelo de Estado el contenido del bien jurídico salud debe comprender tanto el cuerpo humano y su normal funcionamiento como la capacidad de disposición sobre el mismo."¹⁶ Sin embargo, es menester entender que la salud personal no es el único bien jurídico protegido por el tipo de Lesión, pues este, como el homicidio, es un tipo penal pluriofensivo, significando que afecta varios bienes jurídicos, como la capacidad de autodeterminación y la ya mencionada salud personal.¹⁷

Pese a la consagración del derecho fundamental al cuidado de la salud, no hay un fundamento normativo racional para establecer el *ius puniendi* del estado en los casos de lesiones personales consentidas, pues entendiendo el derecho penal como la *ultima ratio*, es ineficaz establecer su penalización tanto en el ámbito de política criminal como en el tratamiento del deber jurídico del libre desarrollo de la personalidad, puesto que estos no se adecuan al tipo y son irrelevantes. Ello en consonancia con el artículo 16 de la Carta Política .

Lo anterior, desarrollado a partir del criterio de los autores Carlos Arturo Gómez Pavajeau y José Joaquín Urbano Martínez, los cuales indican que: *"Por lo tanto, el ámbito de prohibición del tipo de lesiones personales no cobija las lesiones consentidas pues reprimir tal comportamiento es rezago de un sistema autoritario que no se compagina con la concepción que en el constitucionalismo se tiene de la persona humana."*¹⁸

2.2 Análisis del Tipo Objetivo.

La descripción típica del delito de Lesiones Personales está contenida en el artículo 111 de la Ley 599 del 2000, el cual establece: *"Lesiones. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes."*

Rica. Es autor de varias monografías y de decenas de artículos sobre diversas materias relacionadas con el Derecho Penal.

¹⁶ Berdugo Gómez De la Torre, Ignacio. (1989). *Estudios sobre el Delito de Lesiones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

¹⁷ *Ibídem*.

¹⁸ *Ibídem*.

De acuerdo a la visión del Ex-fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez¹⁹, el tipo penal en cuestión tiene las siguientes características: a. Es un tipo abierto, por cuanto el evento puede producirse por acción u omisión, sin que sea precisa la concurrencia de circunstancias de tiempo, modo y lugar; b. Es un tipo de lesión, por cuanto el bien jurídico protegido resulta realmente afectado con la conducta del sujeto agente y; c. Es un tipo de resultado, por cuanto para la consumación del delito se requiere que se produzca una transformación del mundo externo; un daño en el cuerpo o en la salud del sujeto pasivo del tipo.²⁰

Además de lo anterior resulta curioso que, bajo el entendido de que la estructura de un tipo penal se basa en i) precepto y ii) sanción, en el tipo en cuestión no se mencione sanción alguna. Por lo tanto, nos permitimos afirmar que este es un tipo penal preceptivo.²¹

2.3 Circunscribiendo el tema al objeto de estudio: “Cirugía Plástica”

Ya que el objeto de estudio del presente artículo versa esencialmente sobre la cirugía plástica entendida como obligación de medio, delimitaremos el campo de estudio a las consecuencias brotadas por las acciones u omisiones que se materialicen en el incumplimiento del deber de cuidado, por parte del cirujano plástico, surgidos en el procedimiento quirúrgico. Razón por la cual nos trasladaremos al estudio del delito de lesiones personales en su modalidad culposa.

Como se observa, anteriormente, no hacemos referencia a la conducta surgida en la modalidad dolosa, en tanto que solo pretendemos analizar los casos en los cuales se genera una responsabilidad del sujeto activo derivada de la acción u omisión de los deberes de cuidado que le atañen por su rol en la sociedad.

Nos abstenemos de hacer referencia a la modalidad dolosa del tipo en cuestión, pues no pretendemos examinar el perjuicio ocasionado a la vida e integridad personal del paciente

¹⁹ Alfonso Gómez Méndez es abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Obtuvo títulos de maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de París y en Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania).

²⁰ Gómez Méndez, Alfonso. (1998) *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

²¹ Gómez Pavajeau, Carlos & Urbano Martínez, José. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

con la intención positiva de hacer daño por parte del sujeto activo, sino aquellos que se circunscriben al espectro de conceptos como son i) la negligencia, ii) la imprudencia y, iii) la impericia. Vale la pena aclarar que si bien no nos ocuparemos del *dolo directo* o *dolo indirecto*, haremos una efímera mención a los que al dolo eventual respecta con relación el tema de estudio.

Dicho lo anterior, debemos plantear los supuestos fácticos por los cuales se generaría una imputación al sujeto activo en conexión al tipo en cuestión y bajo la modalidad que es objeto de estudio. Sin embargo, para mayor entendimiento del tema es necesario plantear, primeramente y de forma breve, el concepto de *culpa*. Para lo cual nos referiremos a los conceptos elaborados por la Dra. Sandra Jeannette Castro²² en el libro “*Lecciones de derecho penal, Parte General; 2da edición*” publicado por la Universidad del Externado de Colombia en 2011.

2.3.1 Breve aproximación al concepto de Culpa

Cuando hacemos referencia a la culpa es más que importante, entender que el legislador del año 2000 la incorporó en el artículo 21 del actual Código Penal Colombiano como una de las modalidades de la conducta punible; esto a causa de la evolución de la dogmática jurídico-penal, la cual sustrae a la culpa de ser entendida como parte de la culpabilidad del agente y la incorpora como parte del análisis del tipo subjetivo.

Respecto de la conducta punible realizada bajo la modalidad culposa, el artículo 23 de la Ley 599 del 2000 establece que: “*La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.*”

2.3.1.1 Elementos de la Culpa

A manera de dar un mejor entendimiento sobre la cuestión, resulta adecuado hacer una referencia a los elementos que comprenden la culpa; estos son el “aspecto objetivo” y el “aspecto subjetivo”.

²² Abogada de la Universidad del Externado de Colombia, doctora de la Universidad de Barcelona. Profesora y conferencista, ha publicado varios trabajos especializados.

Según Velázquez Velázquez, en su obra “*Derecho Penal*”²³, las razones de dividir el estudio de los tipos culposos en su aspecto objetivo y subjetivo obedecen, principalmente a dos criterios: a. Que los tipos descriptivos y normativos de los tipos imprudentes difieren de los dolosos y; b. Que la voluntad de realización de la conducta por parte del sujeto no se dirige a un resultado jurídico-penalmente relevante.²⁴

2.3.1.1.1 El aspecto objetivo de los tipos culposos o imprudentes

De acuerdo al criterio de la Dra. Sandra Jeannette Castro, “*El aspecto objetivo de los tipos culposos o imprudentes está conformado, además de los elementos previstos en la descripción típica, por la infracción a un deber objetivo de cuidado y, según la mayoría de la doctrina, también por el resultado*”²⁵; sin embargo, otros consideran que el resultado es condición objetiva de la punibilidad, pero este no es un debate que tenga verdadera trascendencia en lo que a este estudio respecta.

Bajo en entendido de que el deber objetivo de cuidado es un elemento normativo, se remite a las siguientes tres fuentes: a. Reglas de cuidado, las cuales están previstas en leyes o normas de carácter administrativo (p.ej. Código Nacional de Transito); b. Reglas técnicas o procedimentales que rige determinadas profesiones, más conocidas como *Lex Artis*. Éstas intrínsecamente relacionadas con el principio de confianza y ; c. Aquellas normas de cuidado que son exigibles a un hombre diligente y prudente en la situación concreta del autor, tomando en cuenta, *ex ante*, sus conocimientos, contexto personal, psicológico, cultural, etc.²⁶

Siguiendo con la línea argumentativa de la Dra. Castro, de la infracción del deber objetivo de cuidado, ha de distinguirse dos momentos: a. El objetivo-intelectual o cognoscitivo y; b. El objetivo-conductual o fáctico. “*En el primero, de acuerdo con el criterio de adecuación, se examina que procesos eran previsibles ex ante y los cuidados que debía adoptar el sujeto para evitar el resultado, partiendo también de sus conocimientos especiales y de las*

²³ Velásquez, Fernando (2009). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá. Librería jurídica COMLIBROS.

²⁴ Castro, Sandra J. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

²⁵ Ibídem.

²⁶ Castro, Sandra J. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

circunstancias que rodearon los hechos.”²⁷ Circunstancias que permiten inferir que esta exigencia surge del deber que tienen las personas en el medio social, es decir, del rol que desempeñan en la sociedad.

Con relación al momento objetivo-conductual o fáctico, este conduce a examinar lo referente a la “*teoría del riesgo permitido*”. Por lo tanto, el sujeto debe valorar, dentro de las actividades peligrosas permitidas, que conductas suyas pudieren generar resultados que potencialmente puedan constituir una infracción a la norma jurídico-penal y, de esta manera determinar si va a desistir de estas o si va a ajustarlas a las normas de cuidado. Como consecuencia, surgen los siguientes deberes objetivos de cuidado: a. Deber de omitir acciones peligrosas, cuando falta preparación y capacidad técnica para la realización de la actividad pretendida. (p.ej. conducción de vehículos automotores); b. Deber de preparación e información previa antes de emprender una acción potencialmente peligrosa. Tema que cobra gran importancia en la práctica médica y se ve materializado en circunstancias como la práctica de exámenes de laboratorio o de resistencia antes de una intervención de tipo quirúrgico y ; c. *Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas*, la cual impone la obligación de implementar cierto nivel de prudencia, aun en la ejecución de actividades dentro del riesgo permitido.

2.3.1.1.2. El aspecto subjetivo de los tipos culposos o imprudentes

Para el análisis de este aspecto de los tipos culposos, la autora que se ha venido citando para el desarrollo de lo que a la culpa atañe, propone que sean examinados los siguientes aspectos: a. Aspecto Volitivo: A manera de establecer si la conducta final que iba a realizar el sujeto activo, estaba o no dirigida a ocasionar hechos constitutivos de una infracción penal; b. Aspecto intelectual o cognoscitivo: En este aspecto, debemos no solo analizar lo referente al objetivo que pretendía la realización del tipo imprudente, si no que también debemos agregar aspectos como la capacidad de la persona (física y psíquica), además de su medio social; todo en un estudio *ex ante* para el reconocimiento integral del supuesto y; c. La actitud del sujeto activo frente al resultado que se representó: De esta, se derivan dos supuestos, el primero referente a la culpa con representación (confianza en que no sucedería o que la posibilidad

²⁷ Ibídem.

de realización era concebida como lejana), y en segundo lugar se presentara dolo eventual; tema que se entrará a explicar detalladamente mas adelante.²⁸

2.3.1.2 Clases de Culpa

Doctrinalmente se ha clasificado la imprudencia desde dos perspectivas. Una, desde la perspectiva de la culpa consiente y la culpa inconsciente, considerando la previsibilidad, representatividad o reconocimiento del resultado, la cual surge del aspecto subjetivo; y otra, percibida desde su aspecto objetivo, haciendo referencia al deber objetivo de cuidado, siendo relativa a la imprudencia temeraria e imprudencia o negligencia simple. I. Culpa consiente y culpa inconsciente: a. Culpa Consiente (*luxuria*), El sujeto se representa la posibilidad del resultado constitutivo de infracción penal, pero por la infravaloración del grado de peligro, la sobrevaloración de sus propias fuerzas o la simple confianza en su buena suerte, considera que el resultado no se realizará.²⁹ b. Culpa Inconsciente, El sujeto al realizar la conducta ni siquiera pronostica la posibilidad del resultado, es decir, que no advierte el peligro que un hombre prudente y diligente en su lugar hubiere percibido.³⁰

II. Imprudencia Temeraria e Imprudencia o Negligencia Simple: a. Imprudencia Temeraria: Consiste en no tener ni siquiera el cuidado que las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear. (Esta puede presentarse frente a la culpa consiente o inconsciente. Vale la pena mencionar que ésta es la modalidad más grave y suele equipararse a lo que en materia civil se llama *culpa grave o lata*.³¹); y b. Imprudencia o Negligencia Simple: Esta se caracteriza por la falta de diligencia y cuidado mediano u ordinario.³²

2.3.1.3 Breve referencia sobre lo que al Dolo eventual en el caso estudiado respecta.

No excluirémos de nuestro análisis el dolo eventual, pues si bien el objeto de este estudio no son las intenciones positivas de hacer daño, existen circunstancias, como se explicará mas adelante, en las cuales cabe la posibilidad de imputar a título de dolo eventual al pretendido sujeto activo.

²⁸ *Ibídem.*

²⁹ *Ibídem.*

³⁰ *Ibídem.*

³¹ *Ibídem.*

³² *Ibídem.*

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de Agosto de 2010 (Rad. 32964), mencionó que el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Adicionalmente, la honorable Corporación analiza que *“estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.”*³³

En lo que respecta al dolo eventual, el cual se encuentra consagrado en el artículo 22 de la ley 599 de 2000³⁴, podemos establecer que se incurrirá en este, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.³⁵

Si bien se encuentra una similitud del dolo eventual respecto a la culpa con representación, la cual ha generado dificultades considerables para su aplicación, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que: *“Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consiente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal”*³⁶

La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar. En cuanto a la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo, ésta debe darse en el plano de lo concreto,

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32964. (M.P. José Bustos Martínez; Agosto 25 de 2010).

³⁴ ARTICULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32964. (M.P. José Bustos Martínez; Agosto 25 de 2010).

³⁶ Ibídem.

es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto.³⁷

Dejar la no producción del resultado al azar³⁸ implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.³⁹

En consecuencia, debemos mencionar 2 elementos esenciales, los cuales debido a su carácter, tiene la facultad de descartar o afirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva. El primer elemento es la voluntad de evitación, la cual no es más que un actuar previendo evitar el resultado. Razón por la cual de la existencia de esta voluntad se deriva la exclusión del dolo eventual, pero no la culpa con representación.

El segundo elemento, la voluntad de confianza, se refiere a la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Razón por la cual, si existe confianza en evitar el resultado y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual. Además es necesario hacer especial énfasis en que la confianza debe ser racional, so pena de caer en el campo de aplicación de la imputación a título de dolo eventual.

De acuerdo a todo lo anteriormente mencionado en este sub-capítulo y, respecto del examen que le compete al ente jurisdiccional, se ha dicho que: “[...] *cuando la lesión de los bienes jurídicos vida o integridad personal deviene por acontecimientos que ex ante resultan previsibles para el autor y éste es indiferente ante la posible ocurrencia de los mismos, conviene que la judicatura examine con detalle la posible ocurrencia de una acción dolosa*

³⁷ *Ibídem*.

³⁸ Según la CSJ en Sentencia No. 32964, “Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina.”

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32964. (M.P. José Bustos Martínez; Agosto 25 de 2010).

a título de dolo eventual, toda vez que la creación del peligro muchas veces desborda los estrechos límites del delito culposos o imprudente.”⁴⁰

3. Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal

Cuando se hace referencia a los delitos culposos o aquellos que se configuran a título de dolo eventual, es necesario hacer referencia al criterio de “deber objetivo de cuidado”; el cual, entendido como un elemento normativo del tipo penal ya sea jurídico o extrajurídico, no es mas que los lineamientos y parámetros básicos a los cuales se debe someter un hombre medianamente prudente y diligente, para la realización de las actividades que para la sociedad en la que vive, son consideradas como riesgosas. Lo anterior nos remite, necesariamente, al concepto de imputación objetiva.

Respecto a la imputación objetiva, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No 32174 (2, Sep. 2009), manifestó que: *“Se ha tenido la teoría de la imputación objetiva del resultado como el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, entre otros, en los delitos culposos. Reemplaza una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia.”⁴¹*

Salta a la vista, de la lectura de la anterior cita, que se reemplace la relación de casualidad sobre bases exclusivamente naturalistas, como aquella enunciada por la teoría de “la equivalencia de las causas”, cuya aplicación nos llevaría a hacer regresiones hasta el infinito, pues esta propone que todas las situaciones antecedentes que conlleven a la producción de un resultado, tienen valor igual o equivalente. Por oposición a la visión naturalista y en remplazo de esta surge la teoría de la “relevancia” o “causa adecuada”, la cual se basa sobre el supuesto de que es necesario identificar la causa que efectivamente ayudó a producir el resultado.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 17019. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Octubre 27 de 2004).

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32174. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Septiembre 2 de 2009).

Por lo tanto, hoy se afirma que en el delito culposo, el tipo objetivo se integra a partir de los siguientes elementos esenciales: (i) el sujeto; (ii) la acción; (iii) el resultado físico; (iv) la violación del deber de cuidado impuesto por el principio de confianza, el criterio de hombre medio y las normas legales o reglamentarias que regulan las actividades consideradas como peligrosas; (v) la relación de causalidad entre la acción y el resultado; y, (vi) la imputación objetiva que debe surgir a partir de la atribución jurídica del resultado a la acción desplegada por el sujeto.⁴² Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta la perspectiva de dos grandes juristas.

Para Claus Roxin⁴³: *“Un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.”*⁴⁴

Para Günther Jakobs⁴⁵: *“Queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No es decisiva la capacidad de quien actúa, sino la de un portador del rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes.”*⁴⁶

Entonces, con relación a lo mencionado en los párrafos anteriores, se pueden evidenciar dos características estructurales en lo que a la imputación objetiva respecta. En primer lugar, la infracción o elevación del riesgo permitido, entendido en relación con los riesgos permitidos (tema que se tratará más adelante) y; en segundo lugar, la identidad del riesgo, es decir, que a manera de que un resultado pueda ser imputado se requiere que el riesgo que se crea sea el mismo que se manifieste en la producción del primero. Para esta última es necesario realizar

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Claus Roxin es un abogado y jurista alemán, destacado por su labor en el ámbito del Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho. Es uno de los penalistas de mayor influencia en discusión contemporánea del Derecho Penal de la tradición romano-germánica, lo que le ha hecho acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos como la orden Raimundo Peñafort en España.

⁴⁴ Torres Vázquez, Filemón (2011). *Manual de derecho Penal*. Bogotá, Universidad Santo Tomas.

⁴⁵ Günther Jakobs jurista alemán, especializado en derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho. goza de prestigio en Latinoamérica y España, pues su concepción del Derecho Penal, construyendo un sistema del Derecho Penal Funcionalista ha tenido eco en la doctrina y jurisprudencia.

⁴⁶ Torres Vázquez, Filemón (2011). *Manual de derecho Penal*. Bogotá, Universidad Santo Tomas.

un análisis causal donde se examine la adecuación de la conducta al resultado y, la adecuación del nexo de causalidad entre el agente y la conducta.

De acuerdo a lo expuesto por el Doctor Filemón Torres Vásquez, respecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado: *‘No toda conducta que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos es relevante para el tipo penal; para que ellos ocurra es preciso que el riesgo creado este desaprobado por el ordenamiento jurídico. La creación del riesgo desaprobado jurídicamente es un elemento común a todos las especial de conductas delictivas: dolosas, imprudentes, activas y omisivas.’*⁴⁷

Con relación a los riesgos permitidos, es necesario entender que “vivir en sociedad es vivir en constante riesgo”, pues la creación de peligros es inherente a toda forma de interacción social. Por lo tanto, los riesgos se permiten o no, de acuerdo a la decantación de la experiencia e información a través de la praxis social de determinada sociedad, en un determinado momento y en un determinado lugar; lo cual establecerá si he han violado o no, el principio de confianza, el criterio de hombre medio o las normas legales o reglamentarias que regulan las actividades consideradas como peligrosas.

De acuerdo con lo desarrollado por el Doctor Filemón Torres Vásquez en su libro “Manual de Derecho Penal”, resulta necesario hacer mención a los criterios que van a permitir establecer el riesgo permitido, los cuales se pueden encontrar en: a. En el ordenamiento jurídico, pues es en el donde se encuentran las reglas de conducta a las que deben ajustarse las personas en sus contactos sociales; así, es el orden jurídico el que establece tanto las prohibiciones de poner en peligro abstracto los bienes jurídicos (p.ej. conducción de vehículos automotores en exceso de velocidad), como los deberes de diligencia por cumplir (p.ej. reglamentos de seguridad). *“A pesar de ello, es humanamente imposible que el ordenamiento jurídica enumere todos los riesgos permitidos, por lo que es necesario recurrir a otro tipo de reglas que se encuentran en la lex artis (leyes del arte) y las normas técnicas”*⁴⁸.

⁴⁷ Ibídem.

⁴⁸ Ibídem.

- a. La Lex artis, son aquellas reglas constituidas por la experiencia de una profesión, las cuales se expresan en procedimientos seguidos obligatoriamente a la hora de ejecutar actividades riesgosas. *“Estas reglas se legitiman históricamente y se fundamentan en el principio de subsidiariedad, según el cual en todo aquello que las personas puedan hacer igualmente bien por si mismas, el estado no tiene porque inmiscuirse”*⁴⁹. Por lo tanto, de acuerdo a Kaufmann: *“Allí donde las relaciones del médico con la ética profesional médica no están reguladas suficientemente no se requieren preceptos jurídicos, especialmente preceptos penales; estarían incluso fuera de lugar.”*⁵⁰ Sin embargo, es necesario tener en cuenta, que si bien estos procedimientos no son vinculantes jurídicamente, pueden ser tomados por el juez como indicadores del cuidado exigible en una determinada situación, como se presenta en el ejercicio de la profesión médica.
- b. Las normas técnicas, son normas expresas pero que no tienen el carácter de normas jurídicas. Estas, se manifiestan en los reglamentos de algunas profesiones, con la intención de evitar accidentes laborales y suministrar a la sociedad la suficiente seguridad en el uso de las obras realizadas.
- c. La figura del modelo diferenciado, el cual se refiere al modelo de conducta que se debe seguir en el ámbito de relación donde interactúa el sujeto para lo cual se toma como base al titular de un arte u oficio similar al desempeñado por quien desempeñó la conducta. A este criterio se recurre en subsidio de la Lex Artis y de las normas técnicas.

4. Conclusión

Al ser el delito considerado históricamente una fuente de obligaciones, el análisis de una actividad de alto riesgo como la cirugía estética se deviene como necesario e indispensable, entre otras cosas, porque es muy difícil establecer a ciencia cierta los límites que impone el rol del médico cirujano basado en los criterios de *lex artis*, normas técnicas y los modelos diferenciados, cuando se parte del hecho de que se ejerce una actividad peligrosa sometida a la demanda social, es decir, que es complicado establecer el límite del rol del cirujano si se

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho* (2ª. Ed., L. Villar Borda y A. M. Montoya Caballero, Trads.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

tiene en cuenta que este actúa con base en lo que sus usuarios, pacientes o clientes le piden (en el caso de las cirugías estéticas voluntarias). En ese orden de ideas, se estaría creando un riesgo no permitido, solamente en el caso de que se sepa a ciencia cierta por parte del médico cirujano que un procedimiento solicitado podría poner en peligro la vida o la integridad personal de quien se someta a dicha práctica.

Lo anterior no sería óbice para descartar que aún cuando el médico cirujano ponga a disposición del usuario todos los medios tendientes a la obtención del resultado deseado a través del procedimiento quirúrgico, dicho resultado no se produzca y por el contrario deviene en una lesión o detrimento físico, caso en el cual se podría estar aplicando los postulados de la “*teoría del riesgo residual*”⁵¹.

Por último, es menester manifestar como conclusión que la mejor manera de satisfacer la obligación asumida por parte de quien practique la cirugía estética, es establecer a ciencia cierta la mayor parte de los riesgos a los que se somete quien se la practica; esto porque solo de esta manera se puede satisfacer la obligación asumida y eventualmente evitar el ejercicio de la acción penal, toda vez que se podrá comprobar si efectivamente se respetaron los protocolos de seguridad y salubridad, a efectos de comprobar si hubo o no quebrantamiento del rol social que el agente tiene el deber de desempeñar.

Conclusiones Generales

-La cirugía plástica o estética, es una obligación de medio, pues es necesario tener en cuenta, no solo el supuesto fáctico del paciente (el cual recurre a estas cirugías con el único fin de un resultado concreto), si no también, criterios que van mas allá de este entendido, como lo son, conceptos médicos y Humanos.

-El proceso quirúrgico se desarrolla gracias a la cicatrización (fenómeno fisiológico que se basa en la actividad de las células de cada individuo). Por lo tanto, es imposible que un cirujano garantice un resultado en concreto, ya que este resultado no solo dependerá de su diligencia y cuidado al momento del proceso, si no además de factores que van más allá de su control, los cuales recaen sobre el proceso de recuperación de una persona.

⁵¹Reyes Alvarado, Yesid (1996). *Imputación Objetiva*. Bogotá, Edit. Temis.

-En España, la cirugía estética se destaca con relación a dos tipos de medicina: i) la curativa (persigue la curación del paciente por circunstancias clínicamente objetivas que tengan un componente asistencial, curativo o reconstructivo) y ii) la Satisfactiva (aquella a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo).

-En el ámbito privado de la salud Española: La cirugía estética está comprendida como una obligación de medio, pues se tiene en cuenta el componente humano; solo se tendrá bajo la categoría de obligación de resultado, si este se pacta o garantiza.

-En el ámbito público de la salud Española: Solo se tiene en cuenta con relación a la cirugía estética, la medicina curativa, debido al fin que se busca con esta intervención, que es principalmente la reconstrucción, asunto que atañe la integridad personal, la cual interesa al Estado y a la salud pública. Situación generadora de que en el ámbito público de la salud, esta es una obligación de resultado salvo casos de fuerza mayor.

-Al ser el delito considerado históricamente una fuente de obligaciones, el análisis de una actividad de alto riesgo como la cirugía estética se deviene como necesario e indispensable.

-Es complicado establecer el límite del rol del cirujano si se tiene en cuenta que este actúa con base en lo que sus usuarios, pacientes o clientes le piden (en el caso de las cirugías estéticas voluntarias).

-Solamente en el caso de que se sepa a ciencia cierta por parte del médico cirujano que un procedimiento solicitado podría poner en peligro la vida o la integridad personal de quien se someta a dicha práctica, se estaría creando un riesgo no permitido.

-No se debe descartar que aún cuando el médico cirujano ponga a disposición del usuario todos los medios tendientes a la obtención del resultado deseado a través del procedimiento quirúrgico, dicho resultado no se produzca y por el contrario deviene en una lesión o detrimento físico.

-La mejor manera de satisfacer la obligación asumida por parte de quien practique la cirugía estética, es establecer a ciencia cierta la mayor parte de los riesgos a los que se somete quien se la practica.

Bibliografía

Barbosa Castillo, Gerardo. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

Berdugo Gómez De la Torre, Ignacio. (1989). *Estudios sobre el Delito de Lesiones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Castro, Sandra J. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

Córdoba Angulo, Miguel. (2011) *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

Constitución Española. Diciembre 29 de 1978.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (M.P. Héctor Gómez Uribe; noviembre 26 de 1986).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 17019. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Octubre 27 de 2004).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32174. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Septiembre 2 de 2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32964. (M.P. José Bustos Martínez; Agosto 25 de 2010).

Cubides, Jorge. (2012). *Obligaciones*. Bogotá, Edit. Ibáñez.

Chepe Ramos, Edgar E. *Acto Medico y el Consentimiento Informado*. Perú, 2010.

España, Tribunal Supremo- Sala 1ª, Magistrado ponente, Quintana, José. Sección 1 Sentencia No 583 (27. Sept. 2010).

España, Tribunal supremo- Sala 3ª, Sección 6. Magistrado ponente, Xiol Ríos, Juan. Sentencia No 7033 (3 Oct. 2000).

Gómez Méndez, Alfonso. (1998) *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, Carlos & Urbano Martínez, José. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

Guzmán Mora, Fernando. *Responsabilidad medica en el acto quirúrgico algunas consideraciones sobre los aspectos probatorios*. Instituto colombiano de derecho procesal. 1997.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho* (2ª. Ed., L. Villar Borda y A. M. Montoya Caballero, Trads.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Reyes Alvarado, Yesid (1996). *Imputación Objetiva*. Bogotá, Edit. Temis.

Torres Vásquez, Filemón (2011). *Manual de derecho Penal*. Bogotá, Universidad Santo Tomas.

Universitat Internacional de Catalunya. *Cátedra de cirugía pastica, estética y reparadora*. 2013.

Velásquez, Fernando (2009). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá. Librería jurídica COMLIBROS.